

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit européen et la responsabilité pénale des personnes morales

Adam, Stanislas

Published in:

Journal des Tribunaux. Droit Européen

Publication date:

2006

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Adam, S 2006, 'Le droit européen et la responsabilité pénale des personnes morales', *Journal des Tribunaux. Droit Européen*, Numéro 7, p. 200-204.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le droit européen et la responsabilité pénale des personnes morales

La présente contribution se donne pour objectif d'identifier les principes qui encadrent les relations entre le droit européen (I) et la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales. L'on s'efforcera de préconiser quelles évolutions peuvent être souhaitées et d'indiquer comment un cadre normatif international cohérent pourrait être élaboré. Une première section est consacrée aux liens qu'entretiennent la responsabilité pénale et le fonctionnement du marché intérieur, dans le cadre supranational des Communautés européennes (I). L'on examine ensuite les sources qui, en droit international, promeuvent le développement de régimes nationaux de responsabilité des personnes morales (II). Enfin, avant de conclure (IV), il a paru essentiel d'appréhender les problèmes que soulèvent les disparités de régimes entre Etats européens, identifiées dans les deux premières sections (III).

1

1. — La voie supranationale

1.1. — L'harmonisation négative : le droit européen empêche-t-il l'incrimination des personnes morales ?

Faisant œuvre créatrice audacieuse, la Cour de justice a considéré que les Etats membres ne pouvaient mettre à mal l'efficacité du droit communautaire par la voie de leurs systèmes répressifs (2). Or, l'élaboration d'un régime national de responsabilité pénale des personnes morales est de nature à décourager l'établissement de ces dernières sur un territoire ainsi réglementé, puisque leur qualité d'être moral suffit à les immuniser personnellement dans d'autres pays (3). Plus, si le régime pénal en question ne limite pas l'incrimination aux personnes morales qui disposent sur son territoire d'un établissement principal, mais réprime également les personnes morales étrangères qui y développent des activités, il pourrait y avoir *a priori* une atteinte à la libre prestation des services.

Aucun Etat membre n'a toutefois, à ce jour, fait l'objet d'une condamnation directe (par la voie

du recours en manquement) ou indirecte (par la voie de la question préjudicielle en interprétation) par la Cour de justice, pour avoir mis sur pied un tel régime. Quand on sait combien la criminalité de l'entreprise occupe aujourd'hui une place de choix dans les discussions qui encadrent la préservation de l'efficacité des systèmes pénaux européens, l'on ne peut plus raisonnablement soutenir que de telles initiatives (4), qui participent à la « lutte contre la fraude », sont contraires au droit communautaire (5). Tel est d'ailleurs le choix de l'Union elle-même lorsqu'elle appréhende la protection de ses intérêts financiers (6).

1.2. — L'effectivité du droit européen impose-t-elle la création de sanctions pénales à l'endroit des personnes morales ?

1.2.1. — La compétence de la Communauté

Cette seconde question conduit à s'interroger sur la compétence dont jouit la Communauté européenne pour assortir le respect du droit dérivé de sanctions de nature pénale à charge des personnes morales.

La Cour de justice s'est indirectement prononcée à ce sujet dans un arrêt du 13 septembre 2005 (7). En l'espèce, la Commission sollicitait l'annulation de la décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil, du 21 janvier 2003, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal. Cette norme, adoptée sur la base de l'article 34 du Traité UE, définit un certain nombre d'infractions à l'environnement, pour lesquelles les Etats membres sont invités à prévoir des sanctions de nature spécifiquement pénale. S'agissant des méfaits des personnes morales, la décision-cadre se veut toutefois moins directive, des mesures administratives ou civiles étant en principe satisfaisantes. La Commission contestait le choix de la base légale utilisée par le Conseil. Selon elle, la finalité et le contenu de la décision-cadre ressortissaient des compétences communautaires dans le domaine de l'environnement. Dans la mesure où aucune des dispositions du Traité CE ne sauraient être affectées par le Traité UE (8), la Cour vérifie si la décision-ca-

dre aurait pu être fondée sur l'article 175 du Traité CE. La Cour affirme que si « la législation pénale tout comme les règles de la procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté », ceci n'empêche pas le législateur communautaire « de prendre les mesures en relation avec le droit pénal des Etats membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement » (9). Puisque la fixation de sanctions de nature pénale ne sort pas du champ du droit communautaire, à tout le moins lorsqu'il s'agit d'assurer l'effectivité de ce dernier, l'article 175 du Traité CE aurait dû constituer la base de la norme contestée.

Trois enseignements se dégagent de cet arrêt. Tout d'abord, le pilier consacré à la coopération judiciaire en matière pénale n'a pas d'effet « absorbant », impliquant que toute norme qui impose une certaine forme d'harmonisation de la législation pénale des Etats membres demeurerait sous son emprise. Bien au contraire, toutes les fois qu'une telle norme se rattache au droit communautaire, tant par son contenu que par ses buts, elle ne peut trouver son fondement que dans le Traité CE (10). Ensuite, la seule harmonisation autorisée est celle qui est strictement nécessaire pour garantir l'effectivité du droit communautaire et ne porte en principe pas sur le contenu de la sanction (11). Enfin, la Cour ne paraît à aucun moment remettre en cause la faculté dont jouit le législateur communautaire de mettre en œuvre ces principes à l'endroit des personnes morales. Force est pourtant de constater qu'ici comme ailleurs, cette faculté est à ce jour demeurée lettre morte (12).

1.2.2. — L'absence de contrainte explicite ou implicite

Cela étant, force est de constater que les Etats membres ne se sont pas entendus sur un régime qui inclurait explicitement la responsabilité pénale des personnes morales pour le cas où une violation du droit communautaire est constatée dans le chef de particuliers (13). La directive 2005/60/CE du Parlement et du Conseil, du 26 octobre 2005 (14), en est une récente illus-

(1) Droit communautaire ou droit de l'Union européenne.

(2) Aff. C-326/88, *Procédure pénale c. Hansen & Soen*, 10 juillet 1990, *Rec.*, 1990, p. I-2911; aff. C-408/02, *Carvalho*, 11 décembre 2003, non publié; aff. C-416/00, *Morellato*, 19 septembre 2003, *Rec.*, 2003, p. I-9343; aff. C-265/01, *Pansard e.a.*, 16 janvier 2003, *Rec.*, 2003, p. I-683.

(3) Sous réserve de la responsabilité pénale de leurs représentants, gérants, dirigeants ou autres personnes investies d'un pouvoir de décision. Ce type de responsabilité est, au demeurant, beaucoup plus communément admis que la répression de l'être moral lui-même. Ainsi en va-t-il au Luxembourg (voy. M. Jaeger, « Les propositions "Espace judiciaire européen" confrontées à la situation au Luxembourg », *Rev. sc. crim.*, avril-juin 1997, pp. 347-349).

(4) A condition qu'elles n'emportent pas de discriminations directes ou indirectes.

(5) Aff. C-275/92, *Schindler*, 24 mars 1994, *Rec.*, 1994, p. I-1039; aff. C-124/97, *Läära microsystems*, 21 septembre 1999, *Rec.*, 1999, p. I-6067; aff. C-67/98, *Zenatti*, 21 octobre 1999, *Rec.*, 1999, p. I-7289; aff. C-6/01, *Anomar e.a.*, 11 février 2003, *Rec.*, 2003, p. I-8621; aff. C-243/01, *Gambelli e.a.*, 6 novembre 2003, *Rec.*, 2003, p. I-13031.

(6) Voy. *infra*, point 2.5.

(7) Aff. C-176/03, *Commission c. Conseil*, 13 septembre 2005, *J.O. C* 315 du 10 décembre 2005, p. 2. Voy. à ce sujet les récentes contributions suivantes : D. Pichoustre, « La compétence pénale de la Communauté », *J.T.D.E.*, 2006, n° 125, pp. 10 à 16; M.I. Veldt-Foglia, « Toch Strafrecht in de Eerste Pijler », *N.T.E.R.*, 2006, pp. 29 à 34.

(8) Article 47 du Traité UE.

(9) Points 47 et 48 de l'arrêt.

(10) Cette situation risque de se présenter de plus en plus fréquemment si l'on considère l'extension continue des compétences communautaires.

(11) Point 52 de l'arrêt. Voy. aussi : conclusions de l'avocat général D. Ruiz-Jarabo Colomer du 26 mai 2005, dans l'affaire C-176/03, précitée.

(12) Voy. *infra*, point 1.2.2.

(13) Voy. notamment A. Huet, « L'impact du droit communautaire sur le droit pénal », in X, *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, série « Collections de l'Université Robert Schuman - Centre d'études internationales et européennes », 2003, pp. 13-26.

(14) Directive 2005/60/CE du Parlement et du Conseil, du 26 octobre 2005, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blan-

tration. Cette directive se donne pour but la prévention et la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme par l'utilisation du système financier. Son article 39, même s'il prévoit un régime de sanctions tant à l'endroit des personnes physiques que des personnes morales, n'impose pas la mise en œuvre d'un régime répressif des êtres moraux (15).

Implicitement, ensuite, le droit dérivé contraint-il à l'introduction d'une responsabilité spécifiquement pénale à charge des personnes morales? Une ébauche de réponse peut être trouvée dans l'arrêt de la Cour de justice du 2 octobre 1991, rendu sur question préjudicielle (16). Par une ordonnance du 22 décembre 1989, le tribunal de police de Hasselt avait notamment posé la question de savoir si l'article 15 du règlement du Conseil du 20 décembre 1985, relatif à l'harmonisation de certaines dispositions en matière sociale dans le domaine des transports par route, impliquait une introduction de la responsabilité pénale des personnes morales dans les législations nationales. Une procédure pénale était engagée contre un chauffeur, employé par une société de transport, pour le non-respect des périodes de conduite et de repos fixées par ce règlement, de même que contre les personnes qui étaient supposées le faire respecter au sein de l'entreprise. Cette dernière avait été citée en tant que civilement responsable de ses dirigeants. Rappelant sa jurisprudence constante selon laquelle « lorsqu'un règlement communautaire ne prévoit pas de sanction spécifique en cas de violation mais renvoie, sur ce point, aux dispositions nationales, les Etats membres conservent un pouvoir discrétionnaire quant au choix des sanctions » (17), la Cour en déduit que le règlement, même combiné aux exigences tenant à la coopération loyale, ne pouvait emporter l'obligation d'introduire un régime de responsabilité pénale des personnes morales en droit interne (18). Sous la réserve d'éventuels cas dans lesquels seule la responsabilité pénale des être moraux serait de nature à répondre aux objectifs du droit dérivé, il y a donc lieu de conclure qu'aucune contrainte implicite ne pèse en ce sens sur les Etats membres.

chiment de capitaux et du financement du terrorisme, *J.O. L* 309, du 25 novembre 2005, pp. 15 à 36.

(15) La directive s'inspire en cela des décisions-cadres adoptées au titre de la coopération judiciaire en matière pénale (voy. *infra*, point 2.5).

(16) Aff. C-7/90, *procédure pénale contre Paul Vandevenne, Marc Wilms, Jozef Mesotten et Wilms Transport n.v.*, 2 octobre 1991, *Rec.*, 1991, p. I-04371.

(17) Ceci à la condition de n'introduire aucune discrimination directe ou indirecte (point 11 de l'arrêt).

(18) Point 13 de l'arrêt. « Pour être mise en œuvre, la R.P.P.M. doit avoir été spécialement édictée par un texte pénal, donc un texte ou une combinaison de textes définissant l'acte incriminé et prévoyant une sanction » (P. Bourion, « Transport et responsabilité pénale des personnes morales », in X, *La responsabilité pénale du transporteur en Europe*, actes de la Conférence internationale des avocats européens (Région Paca-Marseille, 11 octobre 2002), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 23). La Cour de justice du Benelux avait, dès 1979, été saisie de cette question et statué en sens identique (C.J. Benelux, n° A 78/2, du 6 juillet 1979 (*Pfizer c. Meditec et Van den Broeck*), C.J. Benelux - *Jurisp.*, 1975-1979, p. 191, concl. J. Rouff).

2. — La pluralité des voies intergouvernementales (19)

Sans surprise, les sources purement intergouvernementales du droit international fournissent davantage d'illustrations de l'objet du présent propos. Il s'agira de (re)découvrir les fondements historiques de la répression des personnes morales (2.1), d'étudier les activités du Conseil de l'Europe (2.2), de l'O.C.D.E. (2.3), ainsi que des Nations unies (2.4). L'on envisage, enfin, le troisième pilier de l'Union européenne (2.5).

2.1. — Les discussions originelles

L'appréhension de la responsabilité pénale des personnes morales dans sa dimension internationale ne date pas d'hier (20). Dès 1929, le deuxième congrès international de droit pénal, à Bucarest, a exprimé le souhait « qu'il soit établi en droit pénal interne des mesures efficaces de défense sociale contre les personnes morales, lorsqu'il s'agit d'infractions perpétrées dans le but de satisfaire les intérêts collectifs desdites personnes ou avec des moyens fournis par elles et qui entraînent ainsi leur responsabilité » (21). La volonté était de la sorte exprimée d'adapter les régimes répressifs aux tentatives d'évitement dont pourraient se rendre coupables les dirigeants économiques (22). Les activités des entreprises n'étant en général pas limitées au territoire de leur établissement, il devenait logique d'envisager cette évolution sous l'angle international (23). Ce n'est toutefois pas à dire que les réticences n'existaient pas (24). Elles n'ont d'ailleurs pas totalement disparu (25).

(19) Pour un aperçu antérieur de cette matière, voy. G. Heine, « Rethinking Criminal Liability of Enterprises : International Developments, Basic Models, National Consequences », in X, *De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, op. cit., pp. 163-178.

(20) F. Deruyck, « Pour quand la responsabilité pénale des personnes morales en droit pénal belge? », *J.T.*, 1997, p. 697.

(21) *R.I.D.P.*, 1930, p. 10.

(22) « Concerns about the reach and power of global corporations, their involvement in fraud, economic crimes, corruption, health and safety breaches and environmental depredations are reflected in the recent appearance of criminal liability on national and international law reform agendas » (C. Wells, « International Trade in Models of Corporate Liability », in X, *Verso Codice Penale Modello Per l'Europa la Parte Generale*, Foundations Lux et Lex, University of Parma, 2000, p. 1).

(23) « Sinon, comment dissuader de quoi que ce soit un être qui n'est pas capable par lui-même de souffrir, de redouter, de savoir, de vouloir, d'être attentif, de négliger? » (L. François, « La responsabilité des personnes morales? », in X, *Le corpus juris au regard du droit belge - Les premiers pas vers un nécessaire espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 85).

(24) Ainsi, J.-A. Roux nous apprend que le terme « défense sociale » usité lors de la rédaction des conclusions de ce congrès international, avait été choisi « pour satisfaire tant aux partisans qu'aux adversaires de la responsabilité pénale des personnes morales » (J.-A. Roux, « Congrès de Bucarest »,

2.2. — Le Conseil de l'Europe : recommandations et Convention pénale sur la corruption

Cette question est revenue en force les dernières décennies (26), sans doute sous l'influence de la croissance constante de l'activité économique et des paraphénomènes qu'elle emporte (27). Dans cette mouvance, deux recommandations ont été adoptées par le comité des ministres du Conseil de l'Europe. La première, du 25 juin 1981, a trait à la criminalité des affaires (28). La seconde, du 20 octobre 1988, concerne « la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités » (29). Partant du constat qu'« (un) nombre croissant d'infractions pénales, commises dans l'exercice des activités des entreprises, (...) occasionnent un préjudice considérable tant aux particuliers qu'à la société » (30), le comité des ministres recommande aux Etats membres du Conseil de l'Europe la mise sur pied d'un système pénal national au sein duquel les entreprises seraient « rendues responsables d'infractions commises dans l'exercice de leurs activités, même lorsque l'infraction est étrangère à l'objet de l'entreprise » (31). L'on évitait ainsi les difficultés liées à l'identification des personnes physiques responsables d'une infraction au sein de sociétés à la structure toujours plus complexe. La recommandation R(88)18, dans un souci d'harmonisation minimale remarquable, fixe une série de règles tenant à l'établissement de la responsabilité ainsi qu'aux sanctions dont il reviendrait d'assortir les infractions des personnes morales. Toutefois, le caractère de *soft law* de ces recommandations en a réduit considérablement la portée. Tout d'abord, certains Etats n'ont purement et simplement pas suivi le principe (32). Ensuite, force est de constater

R.I.D.P., 1930, p. 6, cité par F. Deruyck, *idem*). Pour une analyse historique des réticences du droit belge, voy. A. Masset, « La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : une extension du filet pénal modalisée », *J.T.*, 1999, pp. 653-657.

(25) C. Ducouloux-Favard, « Où se cachent les réticences à admettre la pleine responsabilité pénale des personnes morales? », in X, *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 434.

(26) « Over the past ten years it has emerged from the cracks between those largely unwieldy edifices to claim at least a small building of its own » (C. Wells, *Corporations and Criminal Responsibility*, 2nd Ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2001, preface).

(27) « The growth of transnational corporations, the product of the dismantling of nationalistic anti-competitive measures and the general de-regulation movements in the US and other major economies from the 1980s onwards, has transformed the entire architecture of legal control of business activities » (C. Wells, « International Trade in Models of Corporate Liability », op. cit., p. 1).

(28) Recommandation n° R (81) 12 (www.coe.int/T/CM/WCD/advSearch_fr.asp#).

(29) Recommandation n° R (88) 18 (www.coe.int/ta/rec/1988/f88r18.htm).

(30) Préambule.

(31) Point I.1.

(32) Ainsi en va-t-il, outre le Luxembourg, de l'Autriche, à tout le moins dans les faits (voy. <http://www.oecd.org/dataoecd/2/25/238054.pdf>). L'on mentionnera également la situation quelque peu particulière de l'Italie, qui « s'est dotée d'une curieuse

que, même là où il a été mis en œuvre, l'objectif initial, qui était de définir des lignes directrices pour le rapprochement des législations pénales, a échoué (33).

L'on doit également au Conseil de l'Europe une Convention pénale sur la corruption, du 27 janvier 1999 (34). Les Etats, parties à cet instrument, font en sorte que les personnes morales puissent être tenues pour responsables « des infractions de corruption active, de trafic d'influence et de blanchiment de capitaux (...), lorsqu'elles sont commises pour leur compte par toute personne physique, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein » (35). La responsabilité doit pouvoir être établie en cas de « simple » négligence et ne peut avoir pour effet d'immuniser les personnes physiques, « instigatrices ou complices » des infractions qui la font naître. Pour le cas où la responsabilité d'une personne morale est établie, la sanction doit être efficace, proportionnée et dissuasive, de nature pénale ou non pénale, en ce compris les sanctions pécuniaires (36). La suite du propos précise le cadre dans lequel cette convention s'est inscrite.

2.3. — L'O.C.D.E. : la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers

Une autre organisation internationale, l'O.C.D.E., est à l'origine de la Convention du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (37). Chaque Etat, partie à la Convention, est tenu d'établir « la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger » (38). S'il n'admet pas la responsabilité pénale des personnes morales, l'Etat veille

responsabilité des entités personnifiées qualifiée d'administrative et reposant sur une faute pénale avec un texte législatif du 8 juin 2001 » (C. Ducouloux-Favard, *op. cit.*, p. 433).

(33) Si l'on s'en tient au cadre plus restreint de l'Union européenne, la Commission est d'avis que « (s)'agissant des sanctions à l'encontre des personnes morales, il existe des différences considérables entre les Etats membres » (Commission européenne, « Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne », 30 avril 2004, COM/2004/0334 final). Damien Vandermeersch rapporte un constat similaire (D. Vandermeersch, « La dimension internationale », in M. Nihoul (sous la dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Bruges, la Charte, 2005, p. 258).

(34) Le texte de cette convention peut être consulté à l'adresse internet suivante : <http://www.conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/html/173.htm>.

(35) Article 18.

(36) Article 19, alinéa 2.

(37) Le texte de cette convention peut être consulté sur le site internet suivant : <http://www.oecd.org/document/21>. Cette Convention a été ratifiée par trente-six Etats. Elle a fait l'objet d'une approbation, en Belgique, par la loi du 9 juin 1999 (M.B., 20 novembre 1999, liv. 226, p. 42917). Voy. D. Flore, « L'incrimination de la corruption - Les nouveaux instruments internationaux - La nouvelle loi belge du 10 février 1999 », in *Les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie*, n° 4, Bruxelles, la Charte, 1999, 179 p.

(38) Article 2.

à ce que ces dernières « soient passibles de sanctions non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris pécuniaires, en cas de corruption d'agents publics étrangers » (39). Outre que la Convention n'a qu'un champ d'application limité, elle n'érige pas en principe la responsabilité pénale des personnes morales. Elle se contente comme à l'habitude d'imposer des sanctions effectives, dissuasives et proportionnées. Pour le reste, l'organisation de la responsabilité de l'être moral est abandonnée aux spécificités des régimes juridiques des Etats parties. L'instrument, s'il a le mérite de se situer à un échelon géographique élevé du droit international public, ne répond dès lors en rien à un objectif d'harmonisation minimale.

2.4. — La Convention des Nations unies contre la corruption

Suivant manifestement cet exemple, l'Assemblée générale des Nations unies a, le 31 octobre 2003, adopté une Convention contre la corruption (40). Les Etats, parties à la Convention, « adoptent les mesures qui sont nécessaires, conformément à leurs principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales qui participent aux infractions » établies conformément à la Convention, la responsabilité des personnes morales pouvant être pénale, civile ou administrative et « sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont commis les infractions » (41) (42). Enfin, tout comme dans la Convention de l'O.C.D.E., les sanctions « de nature pénale ou non pénale » infligées aux personnes morales pour des faits de corruption se doivent d'être proportionnées et dissuasives, en ce compris pécuniaires. Cette Convention, même si elle a une vocation universelle, n'en demeure pas moins, à notre estime, insuffisante : d'une part, les Etats parties ne sont pas directement invités à instaurer une responsabilité pénale des êtres moraux; d'autre part, l'œuvre est celle de principes généraux, et ne participe pas ou peu à la création d'une réelle confiance mutuelle des Etats dans leurs systèmes répressifs.

2.5. — Le troisième pilier de l'Union européenne

Le cadre normatif offert par la coopération judiciaire en matière pénale, au sein de l'Union européenne, ne pouvait demeurer en reste. Un premier pas fut franchi avec l'adoption du deuxième protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés. Cet instrument préconise une « responsabilité des personnes morales d'un fait de fraude, de corruption active et de blanchiment de capitaux commis pour leur compte par toute personne, agissant soit individuelle-

(39) Article 3, alinéa 2.

(40) Le texte de cette Convention peut être consulté sur le site internet suivant : http://www.undoc.org/pdf/crime/convention_corruption/signing/Convention_f.pdf. A la suite d'une décision du Conseil du 10 mai 2005, la Commission européenne et la présidence de l'Union européenne ont signé cette Convention, dite « de Mérida », le 15 septembre 2005.

(41) (42) Article 26. L'on notera que cette règle, en préconisant la mise sur pied d'un système de cumul des responsabilités, présente un trait d'harmonisation, certes discret mais indéniable.

ment, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur les bases suivantes : 1°) un pouvoir de représentation de la personne morale; 2°) une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale; 3°) une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale; ainsi que la participation à la commission de ce fait de fraude, de corruption active ou de blanchiment de capitaux en qualité de complice ou d'instigateur, ou de la tentative de commission de ce fait de fraude » (43). Plusieurs remarques peuvent être formulées à cet endroit (44).

En premier lieu, cet instrument n'implique à nouveau pas obligatoirement une responsabilité pénale des personnes morales. A l'instar des sources précitées, il se contente d'une responsabilité de type administrative, voire civile, dès le moment où les sanctions qui l'assortissent présentent un degré satisfaisant d'efficacité. A preuve, les sanctions qui s'attachent aux infractions visées « incluent des amendes pénales ou non pénales et éventuellement d'autres sanctions » (45). En second lieu, le champ d'application matériel du protocole ne se limite pas aux faits de corruption, qui constituaient la pierre angulaire des instruments précités (46). Cette extension pourrait être plus importante qu'il n'y paraît, puisque la définition de la fraude, empruntée à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, est particulièrement large. Enfin, en troisième lieu, l'on ne peut se satisfaire pleinement de l'harmonisation minimale préconisée par le protocole. S'il fournit les deux critères qui doivent être réunis pour identifier l'infraction d'une personne morale (47) et indique qu'une telle infraction « pourrait être commise par une personne soumise à l'autorité de la personne qui exerce un pouvoir de direction » (48), l'on se satisfait de sanctions effectives, dissuasives et proportionnées. La seule avancée notable touche aux mesures de saisie, de confiscation ou de retrait du produit des infractions concernées, envisageables contre des personnes morales (49). S'il s'agit

(43) Article 3.

(44) Voy. notamment : rapport explicatif relatif au deuxième protocole, approuvé par le Conseil le 12 mars 1999, 1999/C 91/02, J.O. C 91/8, 31 mars 1999; G. Grasso et R. Sicurella, « Considérations critiques sur les propositions du *corpus juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne », in X, *Le corpus juris au regard du droit belge - Les premiers pas vers un nécessaire espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 151-193.

(45) Rapport explicatif, *op. cit.*, p. 11. Parmi ces autres sanctions, le rapport mentionne « des mesures complémentaires telles que l'exclusion d'une personne morale de la participation à un marché public ».

(46) Si l'on excepte les deux recommandations du Conseil de l'Europe.

(47) L'infraction doit avoir été commise pour le compte de la personne morale et par une personne physique qui exerce un certain pouvoir de direction au sein de celle-ci (article 3, § 1^{er}).

(48) Des sanctions doivent être prévues à l'encontre des personnes morales si l'infraction est imputable à un défaut de surveillance ou de contrôle de la part des personnes qui y exercent un pouvoir de direction (article 3, § 2).

(49) Article 5. Voy. G. Vermeulen, « Internationaal strafrechtelijke aspecten bij beslag en verbeurd-

là d'un pas indéniable vers une confiance mutuelle accrue des Etats membres quant à l'effectivité des sanctions prononcées, on est loin de la reconnaissance des décisions étrangères en matière répressive.

Cet instrument a constitué le coup d'envoi d'une série d'actes européens tentant d'instaurer, de l'une ou l'autre façon, des régimes internes de sanctions plus aboutis à l'endroit des personnes morales. L'on peut ainsi citer la décision-cadre du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro (50), la décision-cadre du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces (51), la décision-cadre du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains (52), la décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (53), la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme (54), la décision-cadre du Conseil du 22 décembre 2003, relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie (55), la décision-cadre du Conseil du 25 octobre 2004, concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogues (56), la décision-cadre du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la fraude dans le secteur privé (57) ou encore, récemment, la décision-cadre du Conseil du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information (58). A l'instar du protocole dont ils s'inspirent, ces actes n'impliquent pas nécessairement une responsabilité pénale et se gardent bien de fournir les bases d'une confiance réciproque accrue. L'harmonisation n'est qu'apparente. La décision-cadre du Conseil du 24 février 2005, concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, pourrait toutefois constituer une étape importante, puisqu'elle impose en principe que de telles sanctions prononcées contre une personne morale dans un Etat membre soient

exécutées dans un autre Etat membre, même lorsque ce dernier ne connaît pas la forme de la responsabilité pénale des êtres moraux (59). Néanmoins, pendant une période de cinq ans prenant cours le 23 mars 2007, les Etats membres ont la possibilité de limiter l'application de ce principe aux seuls cas où la responsabilité des personnes morales est établie par un texte européen.

Le rapport de la Commission européenne du 25 octobre 2004, relatif à la mise en œuvre par les Etats membres de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles, confirme ce point de vue (60). Même si la Commission reconnaît que « hormis le Luxembourg et l'Autriche, tous les Etats membres prévoient la responsabilité des personnes juridiques » (61), la Convention n'a, sur ce point, pas été exécutée de manière égale. Ainsi, trois Etats membres « paraissent (...) ne pas étendre cette responsabilité à toutes les infractions visées dans les instruments (...), omettant par exemple la corruption active ou le blanchiment de capitaux (Portugal), la fraude fiscale et (...) les droits de douane (France) ou encore la fraude qui n'est pas jugée « sérieuse » (Espagne) ». Qui plus est, « (e)n ce qui concerne la Belgique, le Danemark, l'Irlande, la Suède, le Royaume-Uni, on peut se demander si la responsabilité prévue couvre les cas dans lesquels l'absence de supervision ou de contrôle a rendu l'infraction possible ou dans lesquels l'infraction a été commise par un subalterne » (62). Mais c'est très nettement au niveau de la nature et de l'étendue des sanctions applicables que, comme on l'a déjà relevé, les différences sont les plus marquantes (63), ne fût-ce que parce que « la notion de responsabilité pénale des personnes morales n'existe pas dans le droit de certains Etats membres » (64).

(59) 2005/214/JAI, *J.O.* L 76 du 22 mars 2005, pp. 16 à 30 (voy. les articles 12 et 20).

(60) COM (2004) 709, non publié au *Journal officiel*.

(61) Sur les divergences qui peuvent toutefois être généralement constatées à ce sujet, voy. le rapport de la Commission européenne fondé sur l'article 14 de la décision-cadre du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces (SEC (2004) 532).

(62) Tel est le cas en Belgique (A. Misonne, « Le concours de responsabilités », in M. Nihoul (sous la dir.), *op. cit.*, pp. 101-102).

(63) La Commission cite à titre d'exemple les spécificités du régime applicable au Royaume-Uni (Commission européenne, « Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne », *op. cit.*, point 3.1.6).

(64) Rapport de la Commission européenne fondé sur l'article 14 de la décision-cadre du Conseil du 28 mai

3. — L'harmonisation minimale

Les disparités qui viennent d'être mises en évidence peuvent créer des problèmes au regard de la double incrimination (3.1) et de la reconnaissance des jugements prononcés définitivement à l'étranger contre des personnes morales (3.2) (65).

3.1. — La double incrimination et l'entraide judiciaire

Si un Etat incrimine les personnes morales du fait des infractions que ces dernières peuvent commettre, tandis qu'un autre se contente de dénoncer l'existence d'une infraction en son chef sans pouvoir la sanctionner (*societas delinquere potest sed non puniri*), voire même se refuse à admettre une telle responsabilité (*societas non delinquere potest*), la règle de la double incrimination devrait imposer que le second se refuse à envisager une entraide judiciaire avec le premier. Selon Damien Vandermeersch, toutefois, « les demandes d'entraide judiciaire tendant à l'exécution de devoirs d'enquête dans des dossiers mettant en cause des personnes morales devraient recevoir une réponse favorable, même de la part des pays qui ne connaissent pas la figure de la responsabilité pénale des personnes morales » (66). Cette opinion se fonde sur le fait que le magistrat qui requiert l'entraide connaît avant tout de faits, ses pouvoirs d'investigation étant déterminés par son acte de saisine. Pour le cas où le magistrat requis objecterait que son système répressif ignore une telle responsabilité, « il suffirait pour le magistrat requérant de retomber sur le principe classique de la responsabilité des personnes physiques pour justifier les devoirs d'enquête qu'il sollicite » (67).

L'on ne peut que formuler le souhait que cet idéal se concrétise sans embûches. L'article, 3, § 2, de la Convention européenne relative à l'entraide judiciaire en matière pénale confirme en tout cas que « l'entraide judiciaire est également accordée dans des procédures pénales (et administratives) pour des faits ou des infractions pouvant engager la responsabilité d'une personne morale de l'Etat membre requérant » (68). La double incrimination ne paraît dès lors plus être un prétexte pour refuser l'accomplissement de devoirs judiciaires par l'Etat requis.

2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces, 20 février 2006, COM (2006) final, pp. 6 et 7.

(65) D. Vandermeersch, *op. cit.*, p. 258.

(66) *Idem*, p. 259.

(67) *Idem*, p. 260.

(68) Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, *J.O.* L 197, 12 juillet 2000, p. 1. La décision du Conseil 2005/671/JAI, du 20 septembre 2005, relative à l'échange d'informations et à la coopération concernant les infractions terroristes (*J.O.* L 253, 29 septembre 2005, pp. 22 à 24) illustre avec une particulière clarté cette évolution des mentalités, en posant le principe de son application également aux infractions des personnes morales et des groupements.

verklaring », in X, *Beslag en verbeurdverklaring van criminele voordelen*, Anvers, Maklu, 2004, pp. 263 à 330.

(50) 2000/383/JAI, *J.O.* L 140, du 14 juin 2000, pp. 1 à 3 (voy. les articles 8 et 9).

(51) 2001/413/JAI *J.O.* L 082, du 2 juin 2001, pp. 1 à 4 (voy. les articles 7 et 8).

(52) 2002/629/JAI, *J.O.* L 203, du 1^{er} août 2002, pp. 1 à 4 (voy. les articles 4 et 5).

(53) 2002/946/JAI, *J.O.* L 328, du 5 décembre 2002, pp. 1 à 3 (voy. les articles 2 et 3).

(54) 2002/475/JAI, *J.O.* L 164, du 22 juin 2002, pp. 3 à 7 (voy. les articles 7 et 8).

(55) 2004/68/JAI, *J.O.* L 13/44, du 20 janvier 2004, pp. 44 à 48 (voy. les articles 6 et 7).

(56) 2004/757/JAI, *J.O.* L 335, du 11 novembre 2004, pp. 8 à 11 (voy. les articles 6 et 7).

(57) 2003/568/JAI, *J.O.* L 192, du 31 juillet 2003, pp. 54 à 56 (voy. les articles 6 et 7).

(58) 2005/222/JAI, *J.O.* L 69, du 16 mars 2005, pp. 67 à 76 (voy. les articles 8 et 9). Voy. également : proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre la criminalité organisée, COM(2005) 6 final, 19 janvier 2005, articles 5 et 6.

Pour connaître nos dernières parutions, consultez et commandez en direct sur : www.larcier.com

3.2. — La reconnaissance des jugements prononcés définitivement à l'étranger

L'exécution à l'étranger des condamnations prononcées à l'encontre des personnes morales est un problème plus fondamental, en particulier lorsqu'il s'avère impossible d'exécuter totalement ou partiellement une sentence de ce type en se limitant au territoire qui a prononcé la sanction (69). En effet, la légalité des peines conditionne l'exécution à l'étranger d'une sanction pénale à l'existence de conventions internationales, aujourd'hui quasiment inexistantes (70). Or, ce type de problème risque bien d'affecter l'édifice même de la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales dans les Etats qui l'organisent. Comment assurer l'effectivité d'une sanction de fermeture d'établissement prononcée contre une multinationale lorsqu'aucune contrainte ne peut être exercée sur ses structures et ses biens situés sur un territoire étranger? Comment interdire à un consortium d'exercer une activité infractionnelle lorsque le champ territorial de cette dernière dépasse le cadre national au sein duquel la sanction a été judiciairement décidée?

Le troisième pilier de l'Union européenne pourrait constituer un cadre idéal à la résorption progressive de ces écueils, surtout depuis le sommet de Tampere et la consécration de l'objectif de reconnaissance des jugements répressifs étrangers par la création d'une confiance mutuelle accrue (71). Bien consciente de cette opportunité, la Commission européenne a adopté deux communications dans lesquelles elle souligne que la confiance réciproque est la clef de voûte de la reconnaissance mutuelle, ce qui implique un niveau élevé de protection des droits des personnes et des mesures pratiques envers les professionnels de la justice, renforçant le sentiment d'une culture judiciaire commune (72). La Commis-

sion conclut qu'il serait souhaitable d'« harmoniser certaines dispositions législatives (pour) que les décisions de justice, objet de la reconnaissance mutuelle, répondent à des standards élevés en termes de garantie des droits des personnes, tels que la présomption d'innocence, l'encadrement des décisions *in absentia*, les règles minimales pour le recueil de la preuve, etc. ».

Nous l'avons dit et répété, l'harmonisation opérée par les instruments étudiés jusqu'à présent, si elle est le fruit d'initiatives louables, n'est pas de nature à réellement créer cette confiance (73). Pour reprendre les mots d'Anne Weyembergh, « les instruments adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne ne touchent généralement pas aux aspects du droit pénal liés aux incriminations et, lorsqu'ils y touchent malgré tout, leur formulation est extrêmement vague, de sorte qu'il n'est pas possible de considérer qu'ils emportent un réel rapprochement » (74). Une réflexion plus transversale sur la responsabilité pénale des personnes morales s'impose donc, respectueuse de l'impératif de subsidiarité du Traité de Maastricht. Ceci requiert des discussions entre Etats membres à l'effet de dégager quels sont les problèmes rencontrés dans la mise en œuvre de cette responsabilité et, plus fondamentalement, de circonscrire les lignes directrices sur lesquelles il conviendrait de trouver une entente dans le but de renforcer la confiance réciproque. Si l'on ne peut présumer avec exactitude la forme que prendraient idéalement de telles mesures, il est clair que les articles 29 et suivants du Traité UE fournissent des perspectives. Ainsi, outre les décisions-cadres (75), une solution pourrait consister en l'élaboration de conventions par le Conseil (76), dont l'adoption serait recommandée aux Etats membres (77). Un tel procédé présenterait l'avantage de permettre aux Etats les plus en accord sur la matière de progresser, tout en ne fermant pas la porte aux autres. Des coopérations renforcées, en dernier ressort, ne sont pas non plus exclues (78). Ceci n'occulterait pas la possibi-

lité d'une normativité à étages multiples, faite de mesures élaborées au sein de l'Union, mais complétées par des conventions internationales d'harmonisation minimale. Cette superposition ne pourrait qu'être de nature à renforcer l'efficacité de l'ensemble des systèmes pénaux.

4

4. — Conclusion

La présente contribution a été l'occasion de mettre en évidence l'utilité et la faisabilité de normes internationales en matière de responsabilité pénale des personnes morales. Trois sentiments concluent le propos. Il y va d'une certitude, d'une hésitation, et d'un espoir.

La certitude, tout d'abord, tient aux conditions minimales du développement harmonieux de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice. S'il entend préserver quelque efficacité, il est apparu qu'il doit s'en donner les moyens, en ne limitant pas ses mesures communes à des pétitions de principes, des formules aléatoires, des châteaux de carton. Car de deux choses l'une, ici comme ailleurs, soit l'on s'engage dans la création de cet espace, ce qui suppose que l'on se perçoive, à tout le moins sur de nombreux points, comme membres d'une seule et même famille d'Etats; soit l'on s'en tient à des regards mutuels indépendants sur ces questions et on limite l'appartenance à l'économique et ses dérivés. L'Europe pénale ne pourra plus s'accommoder indéfiniment des demi-mesures.

L'incertitude, ensuite, a trait au « comment ». Les Etats ne s'étant pas encore entendus sur le principe de la répression des êtres moraux, il est bien difficile de supputer quelles formes prendront d'éventuels mais souhaitables instruments internationaux en cette matière. Plus, il n'est pas permis aujourd'hui de préciser avec exactitude ce sur quoi les règles minimales devront porter. Il est dès lors temps de mettre sur pied des réflexions de fond, unissant les milieux universitaires, judiciaires et européens au sens large du terme.

L'espoir enfin. Au-delà de la dialectique juridique, voire académique, l'efficacité des sanctions à l'encontre des personnes morales pose un problème de société. Dans un monde voué à l'échange et à la transaction, le risque est grand que les opérateurs économiques ne profitent du retard pris pour fuir leur responsabilité, voire la dissimuler. Le moment est venu de dépasser les querelles conceptuelles, et de faire face aux réalités qui nous entourent.

Stanislas ADAM

Assistant à l'Université catholique de Louvain
et aux Facultés universitaires
Notre-Dame de la Paix (79)
Avocat au barreau de Bruxelles

(79) Centre de recherche fondamentale « Protection juridique du citoyen » (Projucit – www.projucit.be).

(69) *Idem*, p. 261.

(70) Seules, deux Conventions de ce type sont d'application en Belgique. Il s'agit, d'une part, de la Convention européenne du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées (*M.B.*, 15 décembre 1990), d'autre part de la Convention européenne du 30 novembre 1964 pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous conditions (*M.B.*, 31 octobre 1970).

(71) Voy. M.-H. Descamps, « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales », in X, *Actualités de droit pénal européen*, Bruxelles, la Charte, 2003, p. 85; programme de mesures destinées à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, du 30 novembre 2000, *J.O. C 12*, du 15 janvier 2001. L'on regrettera que le document conclusif du sommet de La Haye, des 4 et 5 novembre 2004, n'ait pas davantage insisté sur la nécessité d'une harmonisation minimale en vue de parvenir aux objectifs qu'elle s'assigne.

(72) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice (COM (2005) 184 final); communication de la Commission au Parlement sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres COM (2005) 195 final, non publié à ce jour. Sur cette matière, voy. G. De Kerchove, A. Weyembergh (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, éd. de l'U.L.B., 2005, 337 p.

(73) A. Weyembergh, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, éd. de l'U.L.B., 2004, p. 194.

(74) L'auteur cite à titre exemplatif, en note 80, plusieurs des instruments qui ont été étudiés plus haut et qui portent notamment sur la responsabilité des personnes morales.

(75) La Commission a d'ores et déjà annoncé le dépôt, en 2007, d'une proposition de décision-cadre visant à fournir une définition commune de la responsabilité pénale des personnes morales (communication de la Commission du 19 mai 2005 sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres, COM (2005) 195 final, p. 8).

(76) Article 34, 2, d, du Traité UE.

(77) Ces actes, quels qu'ils soient, seraient fondés en outre sur l'article 31, 1, e, du Traité UE.

(78) Articles 43 et 43 A du Traité UE. Voy. G. De Kerchove, « Un espace de liberté, de sécurité et de justice aux dimensions incertaines - Quelques réflexions sur le recours aux coopérations renforcées en matière de justice et d'affaires intérieures », in X, *Le Traité d'Amsterdam - Espoirs et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, coll. de l'Institut d'études européennes de l'Université catholique de Louvain, 1998, pp. 287-295.